

## **Processo n.º 516/2009**

(Recurso Penal)

Data: 23/Julho/2009

### **Assuntos:**

- Furto qualificado de diamante; consumação ou tentativa

### **Sumário :**

1. Não basta a posse instantânea da coisa para a consumação do crime.

2. Para haver consumação não basta que o sujeito passivo se veja privado do domínio de facto sobre a coisa, é ainda imprescindível que o agente da infracção tenha adquirido um pleno e autónomo domínio sobre a coisa.

3. Há crime tentado se os pretensos clientes numa feira e exposição de jóias, num certo *stand* pedem para ver um valioso diamante e se, num dado momento, em que pensam ter distraído o empregado, trocam o verdadeiro diamante por um falso, metendo aquele ao bolso e restituindo este, numa situação em que o empregado, atento, deu imediata conta do ocorrido, não os deixando ausentar e chamando a polícia.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

## **Processo n.º 516/2009**

(Recurso Penal)

**Data:** 23/Julho/2009

**Recorrente:** A (XXX)

B (XXX)

**Objecto do Recurso:** Acórdão condenatório da 1ª Instância

### **ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

#### **I – RELATÓRIO**

A e B vieram interpor recurso do acórdão que os condenou, a cada um, na pena de 4 anos de prisão por um crime de furto qualificado na forma consumada, alegando em síntese conclusiva:

*Os arguidos recorrentes foram condenados, pela prática de um crime, na forma consumada, p. p. pelo artigo 198º. n.º 2 al. a) conjugado com o art. 196º al. b), ambos do Código Penal de Macau (CPM), na pena de 4 anos de prisão.*

*A testemunha C não esteve presente na audiência de julgamento, e não foram lidas quaisquer declarações para memória futura, nem permitida a leitura de autos de declarações*

*nos termos definidos no art. 337º do CPPM, pelo que o seu testemunho não deve ser validado.*

*O Tribunal a quo ao formar a sua convicção tomando em consideração provas que não foram produzidas em audiência de julgamento, violou o disposto no art. 336º do CPPM.*

*O acórdão recorrido violou ainda a regra contida no art. 201º, nº 1 do CPM por condenar os arguidos pela prática do crime de furto qualificado na forma consumada sem ter ponderado o facto de a coisa ter estado sempre na posse do seu proprietário, incorrendo assim em erro notório na apreciação da prova (art. 400º, nº 2 alínea c) do CPPM).*

*Os Recorrentes entendem que não foi feita prova de que se tenham apossado/apropriado do diamante em causa nos presentes autos, até porque o referido diamante nunca saiu da esfera jurídica do seu proprietário, conforme depoimento da 1ª testemunha, quer em sede de audiência de julgamento, quer ainda nas suas declarações de fls. 70 verso dos autos, onde referiu que "não sofreu qualquer prejuízo".*

*Não tendo sido feita prova da subtracção do diamante, nunca deveriam estes ter sido condenados pela prática de um crime de furto qualificado na forma consumada, porquanto não houve consumação do crime.*

*O douto Colectivo andou mal na sua apreciação técnica, porquanto impunha, verificar da existência ou não de consumação do crime de furto.*

*São elementos constitutivos do crime de furto a subtracção, coisa móvel alheia e a intenção ilegítima de apropriação.*

*O crime de furto realiza-se ou consuma-se quando o agente tira ou subtrai a coisa*

*da posse do respectivo dono ou detentor, contra a vontade deste, e a coloca na sua própria posse, subtraindo-se ao poder de facto sob o qual se encontrava.*

*A "subtracção", elemento fulcral ria decomposição típica do crime de furto, caracteriza se "como a violação da posse exercida pelo lesado e a integração da coisa na esfera patrimonial do agente ou de terceira pessoa".*

*É indiscutível que para existir furto "o agente tem de subtrair a coisa da esfera do domínio real de terceiro" e de a "passar para a sua própria esfera pessoal", não bastando pois, que o "sujeito passivo se veja privado do domínio de facto sobre a coisa, é ainda imprescindível que o agente da infracção tenha adquirido um pleno e autónomo domínio sobre a coisa".*

*A situação em apreço é o paradigma de que a coisa supostamente retirada ainda não havia entrado na esfera jurídica do agente, não tinha ainda adquirido o exigido pleno e autónomo domínio sobre a coisa, porquanto, repete-se, o diamante não chegou a sair da loja, tendo os agentes policiais sido, de imediato, chamados ao local.*

*Os Recorrentes, a serem condenados, sempre deveriam tê-lo sido na forma tentada, ao invés da forma consumada, conforme se reflecte no duto Acórdão recorrido.*

*A tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, nos termos conjugados dos artigos 21º e 22º, nº 2 do CPM, especialmente atenuada, o que faz reduzir o limite mínimo da pena para 1 mês e o máximo para 6 anos e 8 meses (art. 67º, nº 1 alíneas b) e a) do CPM).*

*Face ao dispositivo dos artigos 40º e 65º ambos do CPM, uma pena de um ano e seis*

*meses de prisão, seria adequada às exigências da prevenção geral positiva e especial.*

*Pena essa que deve ser suspensa na sua execução, atento o disposto nos artigos 48º e 64º do CPM porquanto, sendo a pena inferior a 3 anos de prisão, desencadeia o poder dever do Tribunal de preferir a aplicação de uma pena não privativa da liberdade.*

*Os arguidos são delinquentes primários e encontram-se presos preventivamente há mais de 1 ano e 4 meses, o que leva a concluir que as finalidades da punição se terão já realizado de forma adequada e suficiente às exigências da prevenção criminal.*

*Se se entender que o crime se consumou sempre a pena a aplicar terá que ser especialmente atenuada, nos termos do disposto no nº 1 do art. 201º do CPM, pois a coisa foi restituída, sem dano ilegítimo de terceiro até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância.*

*O Douto Tribunal a quo não ponderou o facto provado de que o diamante se encontrava em cima do balcão, que nunca de lá saiu e que o seu proprietário não sofreu qualquer prejuízo.*

*Atento o facto da coisa ter sido restituída a pena teria que ter sido especialmente atenuada, o que apontaria novamente para a redução dos limites máximo e mínimo da pena aplicada, ficando esta no limite de um ano e seis meses de prisão, suspensa na sua execução, face aos fundamentos supra descritos.*

*Não se pretende com isto pôr em causa o princípio da livre apreciação da prova, porquanto tal princípio obedece a regras, estando sujeito a limites. Não há que confundir o grau de discricionariedade implícito na formação de juízo de valoração do julgador com o*

*livre arbítrio.*

*Salvo o muito respeito devido ao Distinto Colectivo, parece abusivo sustentar, como faz o acórdão recorrido, que os arguidos subtraíram bens de grande quantia quando, efectivamente, não chegou e haver subtracção.*

*Os arguidos foram condenados por um ilícito na forma consumada, sem que tenha sido analisada a factualidade de forma minuciosa e depois concluir pela existência ou não de consumação, o que não foi feito pelo Tribunal a quo.*

*Está-se perante uma flagrante violação da apreciação na forma em que o alegado crime é supostamente praticado.*

*Ou seja, qualifica-se o furto como consumado, o que faz disparar positivamente a moldura penal apenas pelo facto dos supostos agentes terem concluído todos os pressupostos que compõem a previsão normativa do crime de furto.*

*Por tudo quanto ficou exposto, imputa-se ao acórdão recorrido erro notório na apreciação do ilícito em causa. Desde logo porque resulta dos factos provados que os arguidos, ora Recorrentes, não praticaram o crime de que vêm acusados, pelo menos, na forma consumada.*

*O Tribunal não dispõe de dados para condenar os recorrentes no crime de furto qualificado na forma consumada.*

*Para além das declarações da 1ª testemunha e dos dois agentes da Polícia Judiciária, chamados ao local, não existem mais elementos de prova incriminadores da*

*consumação do crime em relação aos ora Recorrentes.*

*Há que distinguir furto sob a forma consumada de furto sobre a forma tentada, de modo a indagar dos pressupostos da aplicabilidade da pena e a medida concreta da mesma.*

*Imputa-se ao acórdão recorrido erro notório na apreciação do ilícito em causa.*

*Desde logo porque resulta dos factos provados que os arguidos, ora Recorrentes, não praticaram o crime de que vêm acusados, pelo menos, na forma consumada, violando, por isso, o douto Acórdão os artigos 336º e 337º, do CPPM e os artigos 21º, 22º, nº 2, 40º, 65º e 201º nº 1, todos do CPM*

*A pena aplicada no referido Acórdão terá, por isso, que ser revogada e substituída por outra que condene os Recorrentes numa pena nunca superior a 1 ano e 6 meses de prisão, suspensa na sua execução nos termos do previsto no art. 48º do CPM.*

*Pelo que pedem a revogação do acórdão recorrido em conformidade.*

O Digno Magistrado do MP junto da 1ª Instância pronuncia-se, em douda resposta, pela configuração do aludido crime na forma tentada, divergindo, no entanto, da propugnada redução da pena, em termos que se vêm a acolher, no essencial, na fundamentação adiante explanada.

O **Exmo Senhor Procurador Adjunto** emite douto parecer, acompanhando a posição manifestada por aquele Digno Magistrado.

Foram colhidos os vistos legais.

## **II – FACTOS**

Com pertinência, respiga-se do acórdão recorrido o seguinte:

“ (...)

Após a audiência, foram comprovados os seguintes factos:

1)

Em 9 de Janeiro de 2008, o 1.º arguido **A** e o 2.º arguido **B** entraram em Macau do interior da China, estando munido dos Passaportes n.º GXXXXXXXXX e GXXXXXXXXX. (vide fls.11 e 35 dos autos)

A partir do dia 10 de Janeiro de 2008, teve lugar na sala de reunião de *Venetion Macau-Resort Hotel* uma exposição de joalharia por um período de quatro dias, sendo um dos expositores, a *D Trading Company* tem a área de exposição localizada no distrito D, P18 da referida sala de reunião. (vide fls.2, 6 e 83v dos autos)

Em 10 de Janeiro de 2008, por volta das 10h00 de manhã, cinco indivíduos da nacionalidade chinesa, inclusivamente os dois arguidos **A** e **B**, entraram na área de exposição da *D Trading Company* para ver os diamantes exibidos, pedindo os dois arguidos para ver dois diamantes respectivamente com quatro karat e três karat (vide fls.2 e 83v dos autos).

A seguir, os cinco indivíduos inclusivamente os dois arguidos deixaram o *stand* da companhia (vide fls.2, 6 e 83v dos autos).

2)

Mais tarde, os dois arguidos regressaram ao *stand* acima referido, tendo o 1.º arguido **A** pedido ao sócio daquela companhia **E** para ver um diamante com três karats, assim **E** entregou ao 1.º arguido um diamante que se encontrava dentro de uma caixinha transparente com abertura. Depois de examinar o diamante, ele pediu para ver o respectivo certificado. Quando **E** buscou o certificado ao longe, o 2.º arguido **B** ficou em pé de propósito entre o 1.º arguido e **E**, encobrindo a vista deste, a fim de que aquele pudesse trocar o supradito diamante de três karats com um objecto parecido com diamante que tinham preparado antes (vide fls. 2, 3,6 e 83 v dos autos).

O referido diamante de três karats pertence à *D Trading Company*, vale

HKD470.000,00 (por extenso: quatrocentos e setenta mil hongkong dólares, vide fls.4 e 83 v dos autos).

Depois, o 1.º arguido devolveu a **E** a caixinha com diamante trocado e ia embora, no entanto, este, tendo detectado a incongruência, de imediato impediu os dois arguidos de sair e mandou o empregado chamar a polícia (vide fls.3, 6 e 83v dos autos)

3)

Ao esperar a chegada das policcias, o 1.º arguido **A** aproveitou para tirar do seu bolso o diamante de três karats pertencente à *D Trading Company* e o botou acima da mesa, em seguida alegou que o diamante estava justamente acima da mesa. (vide fls.3 e 83 v dos autos)

E o 2.º arguido **B** tirou às escondidas um outro objecto parecido com diamante e o deitou no chão, este objecto foi imediatamente apanhado pelo empregado **C** (vide fls. 3 e 83v dos autos)

Posteriormente, os agentes da PJ encontraram na mala do 2.º arguido mais

quatro objectos parecidos com diamante, de tamanho diferente (vide fls. 33 dos autos)

Após o exame pericial, foi provado que o objecto parecido com diamante deitado pelo 2.º arguido e mais quatro objectos encontrados na sua mala eram diamantes artificiais, sem valor nenhum (vide fls. 40 e 42 dos autos)

Os dois arguidos, de mútuo acordo e em conjugação de esforços, com divisão de tarefas subtraíram bens alheio de valor bastante elevado, sem consentimento deste, com a intenção de violar o seu direito de propriedade.

Os dois arguidos agiram livre, voluntária e conscientemente, bem sabendo que os seus actos eram proibidos e punidos por le.

O 1.º arguido, antes de entrar na prisão, era camponês, casado, tendo a seu cargo dois filhos.

O arguido não confessou os factos, sendo delinquente primário.

O 2.º arguido, antes de entrar na prisão, era comerciante, auferindo o

salário mensal de RMB2.000 a 3.000.

O arguido é casado, tem a mãe e três filhos a seu cargo.

O arguido não confessou os referidos factos, sendo delinquente primário.

**Factos não provados:** nada a assinalar.

\*

**Convicção do Tribunal:**

Após síntese das declarações prestadas pelos dois arguidos na audiência e julgamento, os depoimentos da testemunha E e dois agentes da PJ, o auto de exame directo e avaliação (vide fls. 40 a 42 dos autos) e outras provas documentais (vide fls. 23, 28 e 50 a 61 dos autos), o Tribunal formou a sua convicção de factos.

(...)"

**III – FUNDAMENTOS**

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes

questões:

- erro notório da apreciação da prova
- crime tentado ou consumado;
- medida da pena.

2. Acompanha-se de perto a posição expressa pelo Digno Magistrado do MP quanto ao enquadramento das questões que vêm colocadas.

Os recorrentes apontam dois "momentos" do douto acórdão em que, em sua opinião, se concretiza tal "erro notório".

Num primeiro ponto a questão relaciona-se com a fixação da matéria dada como provada.

No segundo ponto, o erro situar-se-ia não já na fixação da matéria de facto provada, mas sim na deficiente integração típica do crime em termos de consumação do crime.

O primeiro ponto, quando o Tribunal dá como provado que "o 2º arguido **B** tirou, ocultamente, uma peça em forma de diamante dentro da bolsa que trazia consigo, e abandonou-a num canto, naquele momento o funcionário **C** apercebeu-se da situação e apanhou de imediato a referida

peça do chão".

Os recorrentes põem em causa que o Tribunal tivesse dado como provado tal facto, porque o referido funcionário, "a testemunha C não esteve presente na audiência de julgamento e não foram lidas quaisquer declarações para memória futura, nem permitida a leitura da autos de declarações nos termos definidos no art. 337º do CPPM, pelo que o seu testemunho não deve ser validado".

Não assiste, aqui, qualquer razão aos recorrentes.

"O erro notório na apreciação da prova existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou as *legis artis*. E tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores".<sup>1</sup>

Para além de se não vislumbrar que no acórdão "se dão como

---

<sup>1</sup> - Ac. TUI de 16 de Março de 2001

provados factos incompatíveis entre si", por outro lado os recorrentes põem em causa o "princípio da livre apreciação da prova", esquecendo que outras pessoas depuseram em audiência, designadamente a testemunha **E**, a qual se encontrava no local e no momento da prática dos factos imputados aos recorrentes, e os dois agentes da PJ.

3. A segunda questão que colocam prende-se com a qualificação do crime como "consumado", defendendo os arguidos que o crime foi apenas "tentado".

De facto, atendendo aos factos dados como provados, estar-se-á numa linha que se pode considerar de fronteira e a posição a tomar propenderá a favor dos arguidos.

Não basta a posse instantânea da coisa para a consumação do crime.

Como defende Faria Costa, para haver consumação "não basta que o sujeito passivo se veja privado do domínio de facto sobre a coisa, é ainda imprescindível que o agente da infracção tenha adquirido um pleno e autónomo domínio sobre a coisa" <sup>2</sup>

Ou como dizem Leal-Henrique e Simas Santos, "o furto não se

---

<sup>2</sup> - Comentário Conimbricense. tomo 2. pág. 49

pode dizer consumado senão quando a custódia ou vigilância, directa ou indirectamente exercida pelo proprietário, tenha sido totalmente iludida. Se o ladrão é encaçado, acto seguido à "*apprehensio*" da coisa, e vem a ser privado desta, pela força ou por desistência involuntária, não importa que isto ocorra quando já fora da esfera de actividade patrimonial do proprietário: o furto deixou de se consumir, não passando da fase de tentativa. Não foi completamente frustrada a posse ou vigilância do dono. Não chegou este a perder, de todo, a possibilidade de contacto material com a *res* ou de exercício do seu poder de disposição sobre ela”<sup>3</sup>

É necessário um efectivo domínio sobre a coisa durante um espaço de tempo mínimo.

De outra forma, como refere aquele primeiro autor, estaria vedado o recurso à legítima defesa contra o agente do crime quando este entra em fuga na posse dos objectos apropriados, pois após a consumação já não se pode desencadear o direito de legítima defesa.

A consumação só se verifica quando haja uma apropriação *relativamente estável*, a qual se verificará quando agente consegue ultrapassar os riscos de uma imediata reacção do ofendido ou de terceiros.

Ora, perante os factos dados como provados, os arguidos

---

<sup>3</sup> - Código Penal de Macau, Anotado, Macau, 1997, pág. 535

detiveram momentaneamente o diamante, um deles chegou a colocá-lo no bolso, mas digamos que, não obstante esse facto, não chegaram a ter domínio ou controle dessa detenção, não só porque não chegaram a sair da loja, mas esse movimento de ocultação por onde se iniciaria a subtracção da coisa foi detectado em tempo útil pelo empregado da loja, podendo assim dizer-se que a coisa não chegou a sair da acção de controle por parte do seu legítimo dono ou representante.

Com isto não estamos a dizer que o elemento de saída da loja é decisivo. Embora importante, o que parece ser de relevar é o tempo de reacção e o controle da situação de domínio sobre a coisa por parte do seu legítimo titular.

4. Aqui chegados está bem de ver que importará mexer na medida da pena e condenar tão somente pela tentativa de furto.

Mas trata-se de factos muito graves, visto circunstancialismo, lugar, meios e preparação do crime.

A pena sugerida pelos arguidos seria demasiado leve, face à gravidade dos actos praticados, e, por isso, desadequada.

Muito menos razão haverá para a pretendida suspensão da execução da pena.

A lei aponta quais as finalidades das penas no artigo 40º do C. Penal:

*“1. A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.*

*2. A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.*

*3. (...)”*

Na quantificação da medida da pena, estabelece o n.º 2 do artigo 65º que “o Tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo do crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”. E concretiza nas alíneas seguintes, exemplificativamente, algumas dessas circunstâncias relativas à gravidade da ilicitude, à culpa do agente e à influência da pena sobre o delinquente.

Assim, na alínea

*“a) o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente”*

*b) A intensidade do dolo ou de negligência;*

*c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;*

*d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;*

*e) A conduta anterior ao facto e posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;*

*f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através de aplicação da pena.”*

Ponderando e projectando todos estes factores no caso concreto, vista a culpa concreta e a gravidade da actuação, importa atender que:

- os arguidos não confessaram;
- logo, não mostraram arrependimento;
- a "restituição", a que aludem não foi voluntária, mas antes fruto de se verem surpreendidos na prática do crime;
- revelaram terem preparado a prática do crime ao munirem-se de objectos semelhantes aos diamantes de que se pretenderam apossar;
- revelaram ainda frieza e "audácia" para praticarem o crime em local que sabiam, dada a valia dos objectos em exposição no local, estar sob apertada vigilância.
- com a sua conduta fizeram abalar a confiança que se reputa como um valor acrescido neste tipo de evento, seja para os expositores, seja para os clientes, seja para os visitantes, seja para a própria imagem da RAEM.

Sendo a moldura abstracta da pena, após a atenuação especial, de 1 mês a 6 anos e 8 meses de prisão, parece adequada, por justa e equilibrada, a aplicação de uma pena concreta de 2 anos e 6 meses de prisão efectiva.

Sem suspensão, vistas as prementes necessidades de prevenção e por se entender que de outra forma se frustrariam as finalidades da punição, ponderando todos os factores consagrados no art. 48º do CP e assim, as condições pessoais dos arguidos, personalidade, sua conduta e todo o circunstancialismo que vem descrito.

Face a tudo o que ficou exposto dar-se-á parcial provimento ao recurso dos arguidos, devendo ser os mesmos condenados pela prática do imputado crime de furto qualificado, **mas na forma tentada**, numa pena de 2 anos e 6 meses de prisão efectiva.

#### **IV - DECISÃO**

Pelas apontadas razões, acordam em conceder parcial provimento ao recurso e, em consequência, em revogar a decisão proferida, condenando os arguidos **A e B** em co-autoria e na forma tentada por **um crime de furto qualificado** p. e p. pelo artigo 198.º n.º 2 alínea a) e artigo 196.º alínea b) do Código Penal de Macau na **pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão efectiva** cada um.

No mais se mantém o decidido.

Custas pelos recorrentes com taxa de justiça que se fixa em 8 Ucs a cada um deles.

Macau, 23 de Julho de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan